Ist das rechtskräftige Urteil ein Ersitzungstitel?

Inaugural-Dissertation

der

Juristen-Fakultät zu Rostock

zur

Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt

von

Arnold Hoffmann

Referendar

AKAD. LEHRER BIBL.

Rostock

Carl Hinstorffs Buchdruckerei

1902

Meinen Eltern

als Zeichen dankbarer Liebe und Verehrung

gewidmet

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549205_0062

Ist das rechtskräftige Urteil ein Ersitzungstitel?

§ 1. **A. Einleitung:** Über die Litteratur zu unserem Thema.

§ 2. **B. Abhandlung:**

Kap. I. Feststellung des Umfanges der Streitfrage.

Teil I. Das Urteil ist Ersitzungstitel, wenn es Rechtfertigungsgrund des Eigentumserwerbes sein kann.

§ 3. Teil II. Von der eigentlichen Streitfrage sind einige Urteile auszunehmen.

§ 4. a. Das Absolutorische Urteil.

b. Das Kondemnatorische Urteil auf Grund einer persöhnlichen Klage auf Herausgabe einer Sache.

§ 5. c. Der Fall der l. 18 D. De RV. 6,1.

§ 6. d. Das Adjudikationsurteil.

§ 7. Kap. II. Das Kondemnatorische Urteil im Vindikationsprozess ist kein Ersitzungstitel.

Teil I. Das Kondemnatorische Vindikationsurteil kann seiner deklaratorischen Wirkung wegen nicht Rechtfertigungsgrund des Eigentumserwerbes sein.

a. Das gerechte Urteil.

§ 8. b. Die sententia iniqua.
§ 9. c. Das Urteil als Grundlage des guten Glaubens.
§ 10—14. Teil II. Die von den Gegnern zitierten Quellenstellen beweisen nicht, dass das Urteil ein Ersitzungstitel ist.
§ 15. Kap. III. Die Analogie zwischen Urteil, Vergleich und Eid beweist, dass das Urteil kein Ersitzungstitel ist.
Teil I. Der Vergleich ist ein Ersitzungstitel.
a. Die Quellen sehen in dem Vergleich einen Ersitzungstitel.
§ 16. b. Die Analogie zwischen Urteil und Vergleich.
§ 17. Teil II. Der Eid ist kein Ersitzungstitel.
a. Die Quellen kennen den Eid nicht als Ersitzungstitel.
§ 18. b. Die Analogie zwischen Eid, Vergleich und Urteil.
§ 19. **C. Schluss.** Das BGB. kennt keinen Ersitzungstitel.

Litteraturverzeichnis.

1. Archiv für die civil. Praxis Bd. 13. Heidelberg 1830.
2. „ „ „ „ „ Bd. 31. „ 1848.
3. „ „ „ „ „ Bd. 37. „ 1854.
4. „ „ „ „ „ Bd. 51. N. f. Bd. 1. Heidelberg 1868.
5. Archiv für die civilistische Praxis Bd. 52 N. f. Bd. 2. Heidelberg 1869.
6. Arndts, Lehrbuch der Pandekten 2. Auflage. München 1855.
7. Bernhöft, Der Besitztitel im römischen Recht. Halle 1875.
8. Bernhöft, Titulus justus und titulus putativus im Justinianischen Recht, Dissertation, Greifswald 1873.
9. Bechmann, Über die usucapio ex causa judicati Dissert. Nürnberg 1860.
10. Böcking, Pandekten Bd. 2, Lieferung 1. Leipzig 1855.
11. Brinz, Pandekten Bd. 1, 2. Aufl. Erlangen 1873.
12. Bruns, Das Wesen der bona fides bei der Ersitzung. Berlin 1872.
13. Dernburg, Pandekten Bd. 1, 6. Aufl. 2. Abteilung. Berlin 1900.

14. Donellus, Commentarii de jure civili, Hanoviae 1562.
15. Kanzler, Urteil und Ersitzung Dissertation. Strassburg 1879.
16. Pagenstecher, Lehre vom römischen Eigentum. 1. Abt. Heidelberg 1857.
17. Puchta, Vorlesungen über das heutige römische Recht, 5. Aufl. Bd. 1. Leipzig 1862.
18. v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 3. Berlin 1840.
19. v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts. Bd. 7. Berlin 1848.
20. Scheurl, Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts, Bd. 2 Heft 1. Erlangen 1854.
21. Sell, Römische Lehre des Eigentums, 2. Aufl. Bonn 1852.
22. Sintenis, Das praktische gemeine Civilrecht. Bd. I, Leipzig 1844.
23. Stintzing, Wesen von bona fides und titulus. Heidelberg 1852.
24. A. C. J. Schmid, Handbuch des bürgerlichen Rechtes. Besonderer Teil, Bd. 1. Leipzig 1847.
25. Unterholzner, Lehre von der Verjährung durch fortgesetzten Besitz. Breslau 1815.
26. Unterholzner, Verjährungslehre, 2. Auflage. Leipzig 1858.
27. Unger, System des österreich. Privatrechts, Bd. 2. Leipzig 1859.
28. Westphal, System des römischen Rechts über die Arten der Sachen, 2. Ausgabe. Leipzig 1803.

29. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 1. Band 8. Aufl. Frankfurt a. M. 1900.
30. v. Vangerow, Pandekten I, 7. Aufl. Marburg und Leipzig 1864.
31. Zeitschrift für Civilrecht und Prozess, Bd. 5 2. Aufl. Giessen 1841.
32. Zeitschrift für Civilrecht und Prozess, Bd. 16 Giessen 1859.
33. Zeitschrift für privates und öffentliches Recht, Bd. 14 Heft 1. Wien 1886.
34. v. Zielonacki, 3 Abhandlungen aus dem römischen Recht. Lemberg 1859.

§ 1.

Donellus hat wohl als erster in seinen Commentarii de jure civile[1] die Behauptung aufgestellt, dass die res judicata ein Ersitzungstitel sei. Zahlreiche Schriftsteller von Ruf haben in neuerer Zeit Stellung zu dieser Frage genommen, doch hat Donellus mehr Gegner als Anhänger seiner Ansicht gefunden. Zu den letzteren gehören Westphal,[2] Sintenis,[3] Schmid,[4] Zielonacki,[5] Brinz,[6] Arndts,[7] Dernburg[8] und Kohler.[9] v. Vangerow,[10] ist mit der 7. Auflage seines Lehrbuches in das andere Lager übergegangen. Von allen diesen hat Arndts allein durch eine eingehende Begründung seine Anschauung verfochten. Demgemäss beschränken sich die Ausführungen der Gegner auf die Widerlegung von Donellus und besonders von Arndts, sowie auf die Zurückweisung dessen,

---

[1]) lib. II. cap. XIV pag. 199 f.
[2]) Arten der Sachen § 649. S. 460.
[3]) Gemeines Civilrecht I. § 57 N 52.
[4]) Handbuch des bürg. Rechtes § 14 N. 100 S. 228 ff.
[5]) Drei Abhandlungen III S. 83–92.
[6]) Pandekten § 159 S. 620.
[7]) Archiv für die civil. Praxis. Bd. 13 No. 15.
[8]) Pandekten I § 220 S. 123.
[9]) Zeitschrift für das priv. und öff. Recht No. V.
[10]) Pandekten § 320 A. 3. S. 598 ff.

womit andere Gegner die Behauptungen jener beiden bekämpft haben. Von den Gegnern seien hier genannt: Unterholzner,[1] Danz,[2] Stephan,[3] Sell,[4] Pfeiffer,[5] Scheurl,[6] Böcking,[7] Pagenstecher,[8] Bechmann,[9] Puchta,[10] Windscheid,[11] Vangerow,[12] Fitting,[13] und Kanzler.[14] Arndts ging von der bona fides aus und argumenierte so: was die bona fides zu erzeugen imstande ist, sei titulus. Das Urteil können die bona fides erzeugen, also können es auch Ersitzungstitel sein. Einen weiteren Beweis erblickte er ferner darin, dass durch eine sententia iniqua der Sieger ein Eigentum in der That habe, was er früher wirklich nicht hatte.[15]

Schliesslich glaubte er auch aus der Analogie des Vergleiches und aus gewissen Quellenstellen die Frage bejahen zu müssen. Was die sententia iniqua betrifft, hat sich neuestens Kohler[16] ähnlich ausgesprochen.

[1]) Lehre von der Verjährung 1815 § 27 S. 267 und 1858 Bd. I § 116 S. 398—401.

[2]) Zeitschrift für Civilrecht und Prozess No. 19 S. 273—289 Band V.

[3]) Archiv f. d. civilist. Praxis Bd. 31, X. S. 353—373.

[4]) Eigentum § 53 S. 203—210.

[5]) Archiv f. d. civ. Praxis. Bd. 37 IV § 7.

[6]) Beiträge Bd. II. 1 § 24.

[7]) Pandekten II. 1. § 146 bes. N. 28.

[8]) Eigentum Abt. I § 19 S. 304—308.

[9]) usucapio ex causa judicati. Diss.

[10]) Vorlesungen Bd. 1 § 157 S. 348 und N. 5.

[11]) Pandekten I. 1900. § 179 N. 7.

[12]) a. a. O.

[13]) Archiv f. d. civ. Praxis. Bd. 52 S. 43.

[14]) Urteil und Ersitzung. Diss.

[15]) a, a. O. S. 285.

[16]) a. a. O. S. 13 § 4 N. 24.

Ein wesentliches Moment hat Brinz[1] mit der Analogie des Eides in die Debatte gezogen. Das sind ganz kurz zusammengefasst die Gründe, um deren Verteidigung und Bekämpfung sich die Frage unseres Themas dreht.

§ 2.

In unseren Quellen findet sich eine eigentliche Definition des Ersitzungstitelbegriffes nirgends. Infolgedessen war man genötigt, aus der kasuistischen Darstellung der römischen Usukapionslehre das Gemeinsame, Typische herauszusuchen und darnach den Begriff Ersitzungstitel zu fixieren. Besondere Schwierigkeiten verursachte die Feststellung des Verhältnisses der Begriffe justus titulus und bona fides zu einander. Bevor Stintzing im Jahre 1852 seine Schrift über „das Wesen von bona fides und titulus" veröffentlichte, sah man in dem Titel ein der bona fides untergeordnetes Erfordernis der Ersitzung, nur die Grundlage des guten Glaubens.[2] Zu der entgegengesetzten Ansicht gelangte Scheurl;[3] er betonte, „dass vielmehr immer der Titel als das Haupterfordernis der Usucapien betrachtet werden müsse." Die herrschende Theorie sieht heute in Titel und bona fides zwei selbständige Erfordernisse der Ersitzung. Es würde über den Rahmen unseres Themas hinausgehen, auf die umfangreiche lediglich kasuistische Lehre vom Ersitzungstitel gründlich

[1]) a. a. O. S. 620.
[2]) Arndts a. a. O. S. 283.
[3]) a. a. O. S. 54 § 11.

einzugehen. Für unseren Zweck genügt es, wenn wir ein Essentiale im Begriffe des Ersitzungstitels festzustellen vermögen, welches das rechtskräftige Urteil abzugeben nicht imstande ist. Angeregt durch Stintzings erwähnte Schrift hat Fitting eingehende Untersuchungen über die römische Titellehre angestellt. Er gelangte in seinen Publikationen [1] zu dem Ergebnisse, dass „bei dem Usukapionstitel an die justae causae acquirendi dominii d. h. an die Rechtfertigungsgründe des Eigentumserwerbes zu denken" sei.[2] So zahlreich auch die fein nuancierten Ansichten über den Begriff des Titels sind, so begegnen wir diesem Grundgedanken nach der von Fitting gegebenen weitesten Fassung bis auf ganz wenige Ausnahmen bei allen Schriftstellern, die sich über den Ersitzungstitel geäussert haben.

Zum Beweise dessen seien im Folgenden die dahingehenden Äusserungen auszugsweise zusammengestellt:

Unterholzner:[3] „der Titel des Usukapionsbesitzes ist ein unvollkommener Erwerbsgrund des Eigentums."

Westphal:[4] „. . . ein Rechtstitel, der im Stande ist, ein Eigentum zu übertragen."

Danz:[5] „. . . wird nur da eine justa causa zu finden sein, wo ein Rechtsgrund vorhanden ist, der an sich und im allgemeinen Eigentum geben kann."

---

[1]) Archiv f. d. civ. Praxis Bd. 51 u. 52.

[2]) Bd. 52 S. 421.

[3]) a. a. O. 1815 S. 186. Fast genau so in 2. Aufl., bearbeitet von Schirmer Bd. I S. 348.

[4]) a. a. O. § 619 S. 442.

[5]) a. a. O. S. 275.

Stephan:[1] „Jedes aber auch nur ein solches Rechtsgeschäft kann zum Ersitzungstitel dienen, welches dazu bestimmt ist, Eigentum zu übertragen."

Schmid:[2] „. . . eine Thatsache, welche an sich geeignet wäre, dem Erwerber der Sache mit dem Besitze zugleich das Eigentum zu geben."

Stintzing:[3] „Thatsachen, aus welchen ein Eigentumserwerb geschlossen werden kann", und . . . „einen zu bescheinigenden Erwerbsgrund des Eigentums . . ·"

Scheurl:[4] „. . . einen an sich zur Erwerbung des Eigentums tauglichen Erwerbstitel als Grund seines Besitzes . . ."

Windscheid:[5] „ein Vorgang, welcher Eigentum zu begründen im Stande ist . . ."

Arndts:[6] „einem Erwerbsgrunde, welcher an sich wohl geeignet wäre, das Eigentum zu verschaffen . . ." und: „die Usukapionstitel sind so mannigfaltig, als die Erwerbsgründe des Eigentums."

Böcking:[7] „Der einzelnen Usukapionstitel giebt es so viele als die Rechtsgründe des Eigentumserwerbes . . . "

Sell[8]: „ . . . . ein solcher Erwerbsgrund der in abstracto fähig, Eigentum zu begründen."

---

[1]) a. a. O. S. 356.
[2]) a. a. O. § 14 S. 213.
[3]) a. a. O. § 26 S. 124.
[4]) a. a. O. S. 81.
[5]) a. a. O. § 178.
[6]) Pandekten § 159 S. 211 und 212 A. 3.
[7]) a. a. O. S. 90 § m.
[8]) a. a. O. § 53, S. 204.

Bechmann:[1] „rechtliche Thatsache, welche an und für sich Eigentum zu übertragen vermag . . . .“

Puchta:[2] „ein Erwerbsgrund, der an sich fähig ist zum Eigentümer zu machen . . .“

Sintenis:[3] „der Besitzer muss den Besitz auf eine solche rechtmässige Art erworben haben, wodurch er sogleich Eigentümer geworden sein würde . .“

Bernhöft[4]: . . . „der Inbegriff derjenigen Thatsachen“, „auf Grund welcher unter gewissen Voraussetzung unmittelbar Eigentum, unter anderen die Möglichkeit der Ersitzung erworben wird.“

Kanzler[5]: „der Erwerbsgrund muss ein solcher sein, der uns das Eigentum zu verschaffen im Stande ist:“

Von denselben Gesichtspunkten bei der Untersuchung unserer Frage gehen aus: Vangerow[6] und Pfeifer[7], Schirmer[8] definiert den Titel als „denjenigen äusseren Vorgang, welcher unsere Herrschaft über die besessene Sache als rechtmässig erworben erscheinen lässt.“ Es könnte hiernach zweifelhaft erscheinen, ob Schirmer an Rechtfertigungsgründe des Eigentumserwerbes denkt. Aus den Erläuterungen seiner Definition lässt sich dies jedoch entnehmen, wenn er

---

[1]) a. a. O. S. 5.
[2]) a. a. O. S. 347.
[3]) a. a. O. S. 518.
[4]) der Besitztitel § 1, S. 12 f.
[5]) a. a. O. § 5, S. 25.
[6]) a. a. O. S. 598 ff.
[7]) a. a. O. S. 122.
[8]) Zeitschrift für Civilrecht und -Prozess, Bd. 16, N. F. No. I., S. 3.

z. B. S. 51 sagt, dass er „in dem Titel lediglich die notwendige äussere Manifestation für die Rechtmässigkeit des animus domini erblickte.“ Für diese Auffassung der Ansicht Schirmers spricht auch, dass Fitting[1] und Dernburg[2] in Schirmers und Stintzings Ansichten den gleichen Sinn sehen. Wer aber rechtmässiger Weise den animus domini hat, hat auch damit die opinio domini, und dieser muss ein Rechtfertigungsgrund des Eigentumserwerbes zu Grunde liegen. Auch können wir uns mit einer weiteren Äusserung Schirmers begnügen: „Der Titel muss den Anschein eines rechtskräftigen Erwerbsgeschäfts darbieten,“[3] und „die Vollgültigkeit der Acquisition kann daneben entbehrt werden.[4] Das heisst mit anderen Worten, was Stintzing sagt: „Thatsachen, aus welchen auf Eigentumserwerb geschlossen werden kann,“[5] werden verlangt. Mit dem Ausdrucke Fittings Rechtfertigungsgründe des Eigentumserwerbes dürfte auch das Bedenken Dernburgs[6] fortfallen bezüglich des titulus pro derelicto, da die Dereliktion offenbar imstande ist, den Eigentumserwerb durch Okkupation zu rechtfertigen.

Der einzige Schriftsteller, welcher ausdrücklich betont, dass „nicht bloss derjenige, der aus einem zum Eigentumserwerbe an sich tauglichen Grunde

---

[1]) a. a. O Bd. 51, S. 6.
[2]) a. a. O. S. 122, A. 24.
[3]) a. a. O. S. 33.
[4]) S. 8.
[5]) a. a. O. S. 124.
[6]) a. a. O. S. 122, A. 24.

besitzt, sondern in der Regel überhaupt Jederman, der nicht auf eigenmächtige Art zum Besitzer der Sache geworden sei, einen titulus verus besitze", ist Zielonacki[1]. Er begründet seine Ansicht damit, dass das in der Ersitzung liegende „Unrecht"[2] gegen „den wirklichen Eigentümer" „verhüllt" werde. Da hierzu der nicht eigenmächtige Besitzerwerb „ohne Ausnahme" ausreiche, so genüge er als Ersitzungstitel. Die aufgestellte Prämisse ist aber zweifellos viel zu allgemein und unbestimmt, als dass man aus ihr einen Begriff des Ersitzungstitels ableiten könnte, wie es Zielonacki thut. Dass ausserdem die Ansicht Zielonackis nicht richtig sein kann, ergiebt sich schon daraus, dass z. B. weder der Sequester noch der Pfandgläubiger als solche ersitzen können, obgleich doch beide „nicht auf eigenmächtige Art" in den Besitz der Sache gelangt sind und von vielen auch als juristische Besitzer anerkannt werden.[3] Die Quellen heben dies ausdrücklich hervor:

l. 17, § 1 D. Depos. vel contra 16, 3 „Rei depositae proprietas apud deponentem manet: sed et possessio nisi apud sequestrem deposita est: nam tum demum sequester possidet: id enim agitur ea depositione ut neutrius possessioni id tempus procedat."

l. 13 pr. D. de usurp. et usuc. 41, 3. „Pignori rem acceptam usu non capimus, quia pro alieno possidemus."

---

[1]) a. a. O. S. 85.
[2]) S. 86.
[3]) Dernburg, Pandekten § 173, S. 13.

So sehr die Ansicht Zielonackis denen aller anderer Schriftsteller widerspricht, hat doch keiner von ihnen eine Widerlegung jener Schrift für nötig erachtet, offenbar wegen der sehr knappen Begründung.

Auf den Gedanken, dass bei den Ersitzungstiteln an die Rechtfertigungsgründe des Eigentumserwerbes zu denken sei, weisen die Quellen auch abgesehen von der kasuistischen Bestätigung hin. Ein Blick auf die Namen der römischen Usukapionstitel lehrt schon dies, z. B. pro emptore (Dig. 41,4, Cod. 7,26), pro donato (Dig. 41,9, Cod. 7,27), pro dote (Dig. 41,9, Cod. 7,28), pro soluto (Dig. l. 46 und 48 in 41,3), pro herede (Dig. 41,5 Cod. 7,29), pro legato (Dig. 41,8), pro derelicto (Dig. 41,7). Ausserdem hat schliesslich Ulpian sich positiv dahin ausgesprochen:

> l. 1. pr. D. pro suo 41,10 lautet: „Pro suo possessio talis est cum dominium nobis adquiri putamus, et ex ea causa possidemus, ex qua adquiritur, et praeterea pro suo:".

Dasselbe besagt auch noch:

> l. 6 C. de ingen. mammiss 7, 14: „ . . praecedente vero titulo, quibus dominia quaeri solent . . "

Aus alledem ergiebt sich zur Genüge, dass es ein Essentiale des Begriffes „Ersitzungstitel" ist, als Rechtfertigungsgrund des Eigentumerwerbes dienen zu können, dass wir also sagen dürfen: Was nicht einen solchen Rechtfertigungsgrund abgeben kann, ist auch nicht Ersitzungstitel. Wir beschränken daher im folgenden unsere Untersuchung darauf, ob das

rechtskräftige Urteil Rechtfertigungsgrund des Eigentumserwerbes sein kann.

§ 3.

Ist die Frage unseres Themas einerseits nicht durchweg bejaht worden, so kann ebensowenig von einer Verneinung in allen Fällen die Rede sein. Zunächst ist ein Unterschied zu machen zwischen den absolutorischen und dem kondemnatorischen Urteilen. Es kann keinem Zweifel unterliegen und ist auch von niemandem bestritten worden, dass ein Urteil, durch welches der Kläger mit seinem Anspruche abgewiesen wird, weil er den Beweis dafür nicht zu erbringen vermag, für den Beklagten einen Ersitzungstitel nicht begründen kann. Dies gilt von persönlichen wie von dinglichen Klagen, denn ein solches Urteil sagt in jedem Falle über das Recht des Beklagten überhaupt nichts aus und weist den Kläger ab, mag auch nicht die Spur von einem Rechte des Beklagten vorhanden sein. Dasselbe muss aber von jedem absolutorischen Urteile gesagt werden, auch selbst wenn etwa der Kläger im Vindikationsprozess abgewiesen wird, weil der Beklagte sein Eigentum nachgewiesen hat.[1]

Die Sentenz hat auch hier nur zu konstatieren, dass der Kläger den Beweis für seinen Anspruch nicht geliefert hat.

---

[1]) Stephan, a. a. O. S. 355 f.

Darüber, dass das absolutosische Urteil kein Ersitzungstitel für den absolvierten Beklagten sei, sind auch alle einig, z. B. Vangerow[1], Arndts[2], Stephan[3], Sell[4].

§ 4.

Nicht so allgemeine Übereinstimmung herrscht über die Frage, ob ein kondemnatorisches Urteil aus einer actio in personam, welches dem Beklagten die Herausgabe einer Sache auferlegt, für den siegreichen Kläger einen Ersitzungstitel begründe. Vangerow nimmt dies an „nach den Grundsätzen des Titels pro soluto“[5], u. E. mit Unrecht. Spricht das Urteil aus, dass seitens des Beklagten die Obligation existiere, so muss er sich dem beugen und die Sache tradieren. War nun die Obligation vorhanden und erhält der Sieger die Sache tradiert, so kann er sie, falls sie Eigentum eines Dritten ist, usukapieren, aber nicht ex causa judicati, sondern pro soluto. Existierte aber die Obligation garnicht, sondern war eine solche im Urteil nur irrtümlicher Weise angenommen, so kann der Sieger die tradierten Sache ebenfalls bloss pro soluto ersitzen, wenn er auch glaubte, dass die Obligation vorhanden wäre, gemäss l. 48. D. de ursurp 41, 3:

---

[1]) a. a. O. S, 598.
[2]) a. a. O. S. 284.
[3]) a. a. O. S. 355 f.
[4]) a. a. O. S. 203 f.
[5]) a. a. O. S. 598.

„Si existimans debere tibi tradam, ita demum usucapio sequitur, si et tu putes debitum esse."

oder auch pro suo nach l. 3 D. pro suo 41, 10:

„Hominem quem ex stipulatione te mihi debere falso existimabas tradidisti mihi: si scissem mihi nihil debere, usu eum non capiam: quod si nescio, verius est, ut usucapiam, quia ipsa traditio ex causa, quam veram esse existimo, sufficit ad efficiendum, ut id quod mihi traditum est pro meo possideam."

Es läge dann ein sog. Putativtitel vor, über den später noch gehandelt werden wird. Glaubte der Sieger aber auch selbst nicht an die Existenz der Obligation, so würde er schon wegen des Mangels der bona fides nicht usukapiären können. Wie schon hieraus hervorgeht, können wir somit weder Stephan[1] noch auch Sell[2] beistimmen, wenn jener „die Streitfrage auch ausdehnen will auf den Fall, wenn in Folge einer durchgeführten actio in personam der Verklagte zur Herausgabe einer Sache angehalten worden ist", und wenn Sell behauptet, dass derjenige, welcher „verurteilt ist, zu zahlen, immer ein existimans se debere sein müsse, da er es nach der Res judicata und durch dieselbe ganz unzweifelhaft werde, sofern er es nicht schon vor derselben war".

[1]) a. a. O. S. 354 f.
[2]) a. a. O. S. 203 f. N.

§ 5.

Von vornherein hat man den Fall ausnehmen wollen, wenn der Beklagte, der während des Vindicationsprozesses die Ersitzung vollendet hat, zur Tradition der Sache an den Kläger verurteilt wird. Ohne nähere Begründung sprechen sich Vangerow[1] und Unterholzner[2] dahin aus, dass dadurch ein Titel erzeugt werde. Ein solcher Fall liegt vor in l. 18 D. de R. V. 6, 1:

> „Si post acceptum judicium possessor usu hominem cepit, debet eum tradere eoque nomine de dolo cavere."

Zunächst ist zu bemerken, dass in dieser l. 18 usucapio anzunehmen ist, da die spätere l. t. praescriptio durch die litio contestatio unterbrochen wurde,[3] eine Ersitzung also nach Eintritt der l. c. nicht mehr möglich war. Der Richter hat nach dieser l. 18 den Anspruch des Klägers anerkannt und den Beklagten verurteilt. Ehe jedoch dieser die Sache tradiert, während er sie also noch im Besitz hat, vollendet sich seine Ersitzung. Trotzdem soll er die Sache dem Kläger tradieren. Bei Beurteilung dieses Falles müssen wir auf das römische Recht zurückgehen, nach welchem jede condemmatio pecuniaria war, und der Verurteilte die Herausgabe einer Sache (nisi arbitratu tuo restituat) durch Leistung der Ästimationssumme vermeiden konnte. Folgte nun der Beklagte dem arbitratus des Richters und über-

---

[1]) a. a. O. S. 598.
[2]) a. a. O. (1858) S. 398.**
[3]) Stephan a. a. O. S. 357.

gab die Sache an den Kläger, so konnte sich dieser auf die Ersitzung des Beklagten u. E. zweifellos berufen, hatte doch der Beklagte sein durch die Ersitzung erworbenes Eigentum auf ihn übertragen.

Danz[1] sagt, „der Kläger habe sein Eigentum und mit ihm seine Vindikation verloren, . . . daher jetzt nur noch einen persönlichen Anspruch auf Übertragung des Eigentums" gehabt. Dies scheint uns den Kern der Sache nach römisch-rechtlicher Auffassung zu treffen.

Damit wären wir jedenfalls wieder bei den kondemnatorischen Urteilen zufolge einer persönsönlichen Klage angelangt, die in § 4 schon behandelt sind. Fernerhin behauptet Danz,[2] dass der Kläger die Sache auf Grund eines solchen „Titels ex causa judicati" erhält, „der mit dem titulus pro soluto" in diesem Falle „gleich sei". Wie schon im § 4 ausgeführt ist, meinen wir, dass genau genommen der Beklagte eben dann nicht auf Grund des Titels ex causa judicati, sondern allein auf Grund des titulus pro soluto leistet, der Kläger also nur diesen Titel geltend machen kann.

Stephan[3] ist auch der Ansicht, dass „nicht das Erkenntnis in dem Vindikationsprozesse" zur Usukapion dienen könne, sondern, meint er, „allenfalls der frühere Erwerbstitel des Klägers" und vergleicht diesen Fall mit dem der Zurückübertragung „auf Grund der lex commissoria oder eines pactum

[1]) a. a. O. S. 282.
[2]) a. a. O. S. 282 f.
[3]) a. a. O. S. 358.

displicentiae.“ Dieser Vergleich scheint uns gewagt; doch gehört eine Untersuchung hierüber nicht in den Rahmen unseres Themas. Wie schon gesagt, ist nach dem neueren Recht die Prämisse des Falles der l. 18 nicht mehr richtig, da die Ersitzung durch die litis contestatio unterbrochen wird, die in der l. 18 enthaltene Entscheidung somit gegenstandlos. Uns kam es darauf an, nachzuweisen, dass in der Tradition der l. 18 cit. die Erfüllung eines persönlichen Anspruches und in dem Urteil der l. 18 eines gleich den in § 4 erwähnten zu sehen ist.

§ 6.

Andererseits giebt es Fälle, in denen das rechtskräftige Urteil einen Ersitzungstitel zweifellos abgeben kann.[1] Dahin gehört die Adjudikation im Teilungsprozesse. Von ihr wird in den Quellen gesagt, dass sie sogleich Eigentum an der adjudizierten Sache verschaffe, so in § 7 J. de officio judicis IV. 17:

> „Quod autem istis judiciis alicui adjudicatum sit, id statim ejus fit cui adjudicatum est.“

und in l. 6 § 3 D. de statuliberis 40, 7:

> „. . . sive igitur legatus sit tibi ab herede statuliber sive adjudicatus sive usucaptus a te sive traditus vel aliquo jure tuus factus“ . . .

natürlich unter der Voraussetzung, dass die Parteien bereits (Mit-) Eigentümer der Sache waren. Im

---

[1]) Kanzler a. a. O. S. 36, Stephan a. a. O. S. 356 u. 359 Unterholzner a. a. O. 1858 I S. 397 und A. 403.

anderen Falle gewährt die Adjudikation die actio Publiciana: l. 7 pr. D. h. t. 6, 2:

> „Sed et si res adjudicata sit, Publiciana actio competit"

und für die longi temporis praescriptio einen Ersitzungstitel, wie l. 17 D. de usurp. 41, 3 beweist:

> „Si per errorem de alienis fundis quasi de communibus judicio communi dividundo accepto ex adjudicatione possidere coeperim, longo tempore capere possum."

Hier mögen noch zwei Ersitzungstitel Erwähnung finden,[1] die impetratio dominii, wozu früher ein kaiserliches Reskript nötig war und die missio in possessionem ex secundo decreto, die allerdings beide nicht ein eigentliches Urteil, sondern richterliche Verfügungen sui generis darstellen.

§ 7.

Die weitere Erörterung unseres Themas beschränkt sich nunmehr auf das rechtskräftige, kondemnatorische Urteil im Vindikationsprozess. Von diesem soll fortab nur noch die Rede sein, wenn von „Urteil" schlechthin geredet wird. Die Frage ist also, ob das rechtskräftige Urteil einen Rechtfertigungsgrund des Eigentumserwerbes abgeben kann, d. h. ob es imstande ist, den Übergang des Eigentums von dem besiegten Beklagten auf den siegreichen Kläger zu rechtfertigen, jedenfalls diesem ein Eigentum zu verschaffen, welches er

[1] Kanzler a. a. O. S. 36.

vorher nicht hatte. Auf diese Frage geben uns die Quellen direkt Antwort:[1]

So sagt l. 8 § 4 D. si servit. vind. 8, 5:

„. . . quia per sententiam non debet servitus constitui, sed quae est declarari."

und l. 35 D. d. R.V. 6, 1:

„Ubi autem alienum fundum petii et judex sententia declaravit meum esse."

Die Sentenz wirkt also nicht konstitutiv, sie verschafft nicht ein neues Recht, sondern sie wirkt deklaratorisch; sie erteilt lediglich ihre Anerkennung dem bereits vorhandenen Rechte.

Das ältere römische Recht, in welchem omnis condemnatio pecuniaria war, ging allerdings von einer anderen Auffassung aus, nämlich der, dass durch die litis contestatio die Parteien in ein neues obligatorisches Verhältnis bezüglich des Streitgegenstandes resp. der Ästimationssumme traten, gewissermassen einen Vertrag abschlossen, dahin gehend, das fortab als Recht gelten zu lassen, was der Richter als solches feststellte, mochte das rechtliche Verhältnis der Parteien vorher gewesen sein, wie es wollte. Die Parteien legten den Streitgegenstand, gewissermassen die Summe ihrer Aktiv- und Passivlegitimation, in die Hand des Richters, mit der Klagebitte, das Recht an derselben ganz oder teilweise[2] dem einen oder anderen zuzusprechen.

---

[1]) Danz a. a. O. S. 277 und 281; Arndts a. a. O. S. 284; Unterholzner a. a. O. I. S. 399; Kanzler a. a. O. S. 34.

[2]) sofern nicht eine plus petitio entgegenstand, also ganz abzuweisen war.

Hier hätte man also ebenso wie beim Teilungsprozesse von einer causa judicati reden können, da das ursprüngliche Schuldverhältnis durch die novierende Kraft der litis contestatio aufgehoben war, somit die Zahlung der Ästimationssumme und ebenso die Leistung der ursprünglich geforderten res certa als datio in solutum ex causa judicati erfolgte.[1] Das spätere Recht weiss jedoch von diesen Wirkungen der l. c. nichts mehr. Vielmehr leistet der auf Grund der persönlichen Klage verurteilte, wie oben dargelegt, auf Grund der ursprünglichen Obligation. Betrachten wir aber das kondemnatorische Urteil im Vindikationsprozess, welches auf Restitution des Klägers geht, so sagt: l. 75 D. de verb. signif. 50, 16:

> „Restituere is videtur, qui id restituit, quod habiturus esset actor, si controversia ei facta non esset."

Hiernach kann eigentlich kein Zweifel mehr vorhanden sein, dass dem Richter lediglich die Konstatierung, nicht die Konstituierung eines Rechts obliegt.

§ 8.

Der eigentlich allein streitige Fall ist nun aber ein anderer. Sollte der Richter irren und zu Gunsten eines Nichteigentümers ein Urteil im Vindikationsprozess fällen, so tritt allerdings, sobald das Urteil rechtskräftig ist, der Grundsatz in Kraft: „res judi-

[1]) Bechmann a. a. O. S. 8 f.

cata pro veritate habetur". Wollte man nun annehmen, der auf diese Art verurteilte Beklagte habe sein Eigentum an den Kläger durch die Sentenz verloren, oder gar der Kläger sei nunmehr Eigentümer, so müsste man auch zugeben, dass der Beklagte die Sache infolgedessen von einem Dritten nun nicht mehr vindizieren könnte, ferner dass der Kläge hierzu auf Grund dieses Urteils gegenüber jedem Dritten in der Lage wäre und, wenn bisher keiner der Parteien das Eigentum zustand, dass der Dritte sein Eigentum gegen den siegreichen Kläger nicht mehr geltend machen könnte. Davon kann natürlich keine Rede sein, denn dies würde zwei anderen ebenso unleugbaren Rechtsgrundsätzen der Römer widersprechen, nämlich: „res judicata jus facit inter partes" und daher „r. j. aliis non nocet" und auch „non prodest." Durch diese beiden Sätze ist die Wirkung der Rechtskraft des Urteils, wie sie sich in actio und exceptio rei judicatae äussert, begrenzt. Also könnte weder dem vindizierenden Beklagten seitens eines Dritten noch auch dem vindizierenden Dritten seitens des Klägers die exceptio rei judicatae wirksam entgegengesetzt werden, und ebensowenig der Kläger mit der actio rei judicatae von einem Dritten vindizieren. Dass die res judicata pro veritate habetur, ist eben stets dahin zu ergänzen und darauf zu beschränken: sed jus facit inter partes, aliis nec nocet nec prodest.

Arndts[1] betont, dass „der Satz res inter alios judicatas aliis non praejudicare auf die Entscheidung

[1]) a. a. O. S. 286.

unserer Frage gar keinen Einfluss habe", denn „auch der Kauf und die Schenkung wirkten an sich nicht gegen Dritte" und seien trotzdem Ersitzungstitel. Auch Stephan[1] meint, von jenem Satze sei hier „eine schiefe Anwendung gemacht." Dem können wir zustimmen: Es ist nach römischem Rechte allerdings der Verkäufer zunächst nur verpflichtet, den Käufer in den Besitz der gekauften Sache zu setzen, und die Uebergabe einer gekauften Sache begründet auch nicht ein Rechte Dritter ausschliessendes Recht. Es war aber auch garnicht die Absicht, jenen römischen Rechtssatz zum Beweise heranzuziehen, dass das Urteil nur deklaratorisch wirke und daher keinen Rechtfertigungsgrund des Eigentumserwerbs abgeben könne, sondern dafür, dass auch für den Fall einer sententia iniqua dafür gesorgt ist, dass durch eine solche Rechte Dritter unangetastet bleiben. Ein wesentlicher Unterschied zwischen Kauf und Urteil ist aber der, dass der Käufer sich auf das Recht des Verkäufers jedem Dritten gegenüber berufen kann, während der Kläger im Vindikationsprozess seinen Sieg nicht gegen Dritte auf dieselbe Weise auszunutzen vermag indem er etwa das Recht, das er selbst bestritten hat, geltend macht. Dieser Unterschied, den Arndts[2] ausdrücklich zugiebt, ist aber u. E. nicht so unwesentlich für die Entscheidung unserer Frage, wie Arndts meint: dass der Käufer sich auf das Recht des Verkäufers stützen darf, beweist, dass der Kauf,

[1]) a. a. O. S. 361.
[2]) a. a. O. S. 286.

wie es sein Zweck auch schon im römischen Recht war, imstande ist, einen Rechtfertigungsgrund des Eigentumserwerbs abzugeben, dass er also zwar nicht an sich stets konstitutiv, rechtsbegründend wirkt, jedenfalls aber hierzu fähig ist. Dass der Sieger im Vindikationsprozesse sich nicht auf das Recht des Besiegten berufen kann, zeigt, dass das Urteil nicht konstitutiv wirken kann.

Nun liesse sich hinsichtlich des Verhältnisses zwischen den Parteien einwenden,[1] wenn der Beklagte durch eine sententia iniqua verurteilt wird, so könne man weder sagen, dass das Urteil „deklaratorisch" wirke, noch auch dass der Kläger „restituiert" werde, erhalte er ja in concreto etwas, „quod habiturus non esset, si controversia ei facta non esset."[2] Es ist allerdings nicht zu leugnen, dass beide Ausdrücke von dem Gedanken ausgehen, dass der Richter nicht irren werde, und deshalb für diesen Fall wenig geeignet sind. Das lässt sich aber bei der Unvollkommenheit menschlicher Einrichtungen nicht besser machen. Jedenfalls hat man diese Härte zu mildern gesucht, so weit als es möglich war. Im Legisactionenverfahren und im Formularprozess wurde die Sentenz schon bei ihrer Verkündung rechtskräftig. Später wurden die verschiedenen Rechtsmittel eingeführt, damit soweit als

[1]) Donellus a. a. O. pg. 199.
Arndts a. a. O. S. 285.
Ähnlich Windscheid § 179 N. 7 S. 820.
[2]) l. 75. cit.

irgend möglich, die materielle Wahrheit ergründet werde. Einmal muss der Prozess seinen Abschluss finden, soll er nicht eine Schraube ohne Ende sein. Deshalb gilt der rechtskräftig gewordene Richterspruch als die Wahrheit. Hat man nun zwischen der konstitutiven und der deklaratorischen Wirkung zu wählen, so ist doch sicher gerechter die letztere, die nicht dem Dritten, der vielleicht nicht einmal eine Ahnung von dem Rechtsstreit über seine Sache hatte, also garnicht in der Lage war, sein Recht geltend zu machen, das Eigentum absprechen kann, wozu die erstere, wie bei der Adjudikation gezeigt ist, leicht führen würde.

Im modernen Rechte ist man noch einen Schritt weiter gegangen um der Wahrheit, soweit sie der menschliche Verstand überhaupt zu ermitteln vermag, zum Rechte zu verhelfen. So lassen die §§ 580 und 586 der CPO. vom 20. Mai 1898 noch 5 Jahre nach der Rechtskraft des Urteils die Restitutionsklage zu z. B. „wenn die Partei eine Urkunde auffindet oder zu benutzen in den Stand gesetzt wird, welche eine ihr günstigere Entscheidung herbeigeführt haben würde.“ In einem solchen Falle würde es sich zeigen, dass der durch rechtskräftiges Urteil verurteilte Beklagte auch dem Kläger gegenüber Eigentümer geblieben ist. Schliesslich ist es auch nach älterem Rechte nicht ausgeschlossen, dass in einem späteren Prozesse zwischen den Successoren beider Parteien jene sententia iniqua nicht mehr bekannt ist, und dass der Successor des besiegten Eigentümers dessen ursprüngliches Eigen-

tumsrecht siegreich geltend macht. Scheurl[1] hat diesen Unterschied zwischen deklaratorischer und konstitutiver Wirkung treffend gekennzeichnet, wenn er sagt, man dürfe nicht verwechseln „als Eigentümer einem bestimmten Anderen gegenüber gelten" und „Eigentümer sein". Nur das erstere bewirkt das kondemnatorische Vindikationsurteil. Man muss zugeben: Thatsächlich erscheint es wohl meist, als ob die sententia iniqua konstitutiv wirke, „allein begrifflich ist auch das ungerechte Urteil", wie Kanzler[2] sehr richtig sagt, „rein deklaratorischer Natur."

Dass durch das ungerechte Urteil das Eigentum des Beklagten „,blank und frei" auf den Kläger übergehe", behauptet Kohler,[3] denn man übersehe, dass „die Relativität der Prozesswirkung zur Absolutheit werde, wenn sie dem Eigentum gegenübertrete". Allein so sehr diese Darstellung des Sachverhalts zur Zustimmung geneigt machen mag, der Effekt lässt sich auch damit nicht leugnen, dass der verurteilte Beklagte sein bisheriges Eigentum auch nach der res judicata gegen jeden Dritten geltend machen kann, dass auf den letzteren also die „Anerkennung der Wirkung des Urteils" seitens des Beklagten gegenüber dem Kläger keine Wirkung hat.[4]

---

[1]) a. a. O. S. 84.

[2]) a. a. O. S. 36.

[3]) a. a. O. § 4 und N. 24 S. 13.

[4]) Unger, Österr. Privatrecht, § 132 N. 10 S. 619.

Der Fall ist jedenfalls konstruierbar: Wenn der Nichteigentümer einen Prozess um eine Sache gegen den Eigentümer derselben gewonnen hat, so kann dieser die Sache von einem Dritten sehr wohl vindizieren, wenn dieser sich nicht als Successor jenes siegreichen Nichteigentümers auszuweisen vermag. Die Prozesswirkung wird keine absolute, sie bleibt eine relative. Diese Ansicht Kohlers dürfte übrigens wohl auf jener „schiefen Anwendung" des Satzes, res judicata jus facit inter partes, beruhen, vor der Stephan warnt, wie oben S. 29 näher ausgeführt ist.

In l. 8 § 4 D. si serv. vindicetur 8, 5 cit. hat Ulpian beider Fälle, des gerechten und des ungerechten Urteils gedacht und sie mit unzweideutiger Prägnanz entschieden: „Et si quidem is optinuerit, qui servitutem sibi defendit, non debet, ei servitus cedi, sive recte pronuntiatum est, quia habet, sive peperam, quia per sententiam non debet servitus constitutui, sed quae est declarari." Was hier von der actio confessoria, si servitus vindicetur gesagt ist, muss selbstverständlich auch von der Eigentumsvindicatio selbst gelten.

Die Wirkung des kondemnatorischen Urteils im Vindikationsprozess, mag es „recte" oder „peperan" entschieden haben, ist eine deklaratorische. Es vermag daher nie dem Sieger ein Eigentum zu begründen, welches er vorher nicht besass, kann also nicht als Rechtfertigungsgrund des Eigentumserwerbes und deshalb auch nicht als Ersitzungstitel dienen.

§ 9.

Dass die Vindikationssentenz Eigentum zu schaffen nicht imstande ist, steht fest. Arndts, der dies auch nicht in Abrede stellt, gelangt zu seinem Resultate auf einem Umwege. Wie oben schon bemerkt ist, sieht Arndts in dem Ersitzungstitel lediglich „die Grundlage des guten Glaubens". Gäbe man dies zu, „scheine es unnatürlich, die richterliche Entscheidung nicht als hinreichenden Grund zur Ersitzung gelten zu lassen, da jene wohl allen Zweifel an der Gültigkeit des früheren Besitztitels oder des angenommenen Eigentumserwerbes heben und etwa vorhandene Mängel decken könne." [1]

Zunächst ist dazu zu bemerken, dass die Ansicht von Arndts über den Ersitzungstitel seit Stintzing, wie erwähnt, nicht mehr als richtig anerkannt wird. Nehmen wir aber die Prämisse von Arndts als erwiesen an, so können wir trotzdem die gezogenen Konsequenzen als zutreffend nicht erachten. Selbst wenn man nur den Rechtfertigungsgrund der bona fides im Titel sieht, muss man sagen, dass die bona fides nicht durch das Urteil erst entstehen kann, sondern höchstens durch dasselbe „bestärkt" [2] wird, wie auch Puchta,[3] der von derselben Titeldefinition ausgeht, zugiebt, während sein Herausgeber Rudorff[4] sich auf den Standpunkt von Arndts stellt, jedoch ohne dafür einen Beweis beizubringen.

---

[1]) a. a. O. S. 285.
[2]) Böcking a. a. O. S. 91 N. 28.
[3]) a. a. O. S. 348.
[4]) Puchta. Pand. Vorl. S. 348 N. 5.

Über den bona fides-Begriff gehen die Ansichten allerdings auseinander. Viele meinen, dass mit der bona fides jedenfalls etwas lediglich Negatives erfordert werde. So bezeichnet sie Savigny[1] „als Abwesenheit eines unredlichen Bewusstseins", Stintzing[2] „als Nichtwissen von dem Unrechte des Autors und als Nichtwissen von den Fehlern des Erwerbsaktes", Scheurl[3] als „die Abwesenheit des Bewusstseins von materieller Mangelhaftigkeit des Erwerbs", Brinz[4] als „das Nichtwissen von dem Mangel auf Seiten des Autors" und Bernhöft[5] als „das Nichtwissen von solchen Rechten Dritter, welche durch den Erwerb thatsächlich verletzt werden." Windscheid[6] dagegen verlangt „eine positive, redliche Überzeugung, dass man kein materielles Unrecht begehe"; die „Abwesenheit der Überzeugung des Unrechts genüge nicht." Ähnlich definieren Vangerow[7] die bona fides als „den Glauben an das Eigentum und die Dispositions-Fähigkeit des Auktor", und Unterholzner[8] als „einen Glauben", dass „rechtliche Ansprüche nicht zu befürchten sein." Bruns[9] will „den Begriff bona fides von dem des Glaubens als solchen vollständig ablösen und vielmehr in seiner wahren, allgemeinen

[1]) System Bd. 3 S. 372.
[2]) a. a. O. S 60.
[3]) a. a. O. S. 67.
[4]) a. a. O. S. 611.
[5]) Titulus justus und titulus putativus. Diss. 1873. S. 2.
[6]) a. a. O. § 176 und A. 3.
[7]) a. a. O. S. 603 A. 1 7. Aufl.
[8]) a. a. O. Bd. 1. 1858. S. 320.
[9]) Wesen der bona fides 1872. S. 99.

Bedeutung von Redlichkeit erfasst" wissen. Kanzler[1] schliesst sich dieser Ansicht an. Wir müssen, da wir Arndts Folgerungen zurückweisen wollen, von dessen Ansicht ausgehen. Arndts[2] hat sich auf Unterholzner berufen. Hieraus geht hervor, dass er gleich diesem einen positiven Glauben als bona fides fordert. Einen näheren Hinweis giebt uns Arndts noch, wenn er von dem „Vertrauen" „an die Gültigkeit des Besitztitels oder des angenommenen Eigentumserwerbes" spricht. Hinsichtlich des Urteils sind nun nur zwei Fälle denkbar.[3] Entweder der Kläger besass die bona fides schon vor dem Urteile, ohne dasselbe; dann kann dieses zweifellos nicht die „Grundlage der bona fides", nicht „Titel", sein. Oder der Kläger besass vor dem Urteil die bona fides noch nicht. Nehmen wir hier den Fall, welchen Arndts[4] selbst als Beispiel wählt: Wenn „Jemand ohne unrechtliche Absicht, eine Sache gerichtlich in Anspruch nimmt, ohne selbst fest überzeugt zu sein, dass sie ihm gehöre". Sicherlich kann man hier von einem Vorhandensein der bona fides im Sinne von Arndts nicht sprechen. Ob hier ein bona fides „rein negativer Natur", wie sie Bernhöft,[5] oder auch eine Redlichkeit, wie sie Bruns verlangt, bereits existierte, kann zweifelhaft erscheinen. Jedenfalls wenn sie bereits existierte, gehört dieses Beispiel zu jenen schon erwähnten Fällen, in denen das später ergehende Urteil nicht der Titel sein kann. Sollte

[1]) a. a. O. S. 14 ff.
[2]) a. a. O. S. 285.
[3]) Kanzler, a. a. O. S 38.
[4]) a. a. O. S. 285 f.
[5]) a. a. O. S. 3.

nun aber die bona fides wirklich durch das Urteil erst existent werden und damit das Urteil die Grundlage der bona fides, so müssen wir näher zusehen, worin diese bona fides besteht. Arndts[1] giebt uns selbst die allein mögliche Auskunft, nämlich dahin, dass der Kläger „nun darauf vertrauen könne, dass das Eigentum, welches dem Beklagten vielleicht zustand, durch den Richterspruch jedenfalls auf ihn übergegangen sei". Nach dem § 7 und 8 Ausgeführten ist dieses Vertrauen aber ein irriges.

Wir müssten also einen Putativtitel annehmen. Bekanntlich lassen die Quellen auch einen solchen zur Ersitzung zu, d. h. einen solchen Titel, den sich der Besitzer irrtümlicher Weise zuschreibt: l 5 D. pro suo 41,10:

> „sed id quod quis cum suum esse existimaret, possederit, usucapiet, etiamsi falsa fuerit ejus existimatio".

Stintzing hat in seiner Schrift cit. diesen Unterschied zwischen titulus verus und putativus geleugnet, während Scheurl,[2] Böcking,[3] und Bernhöft[4] ihn aufrecht erhalten wissen wollen. Soviel ist jedenfalls sicher, dass die Quellen von einem auf Irrtum beruhenden Titel verlangen, dass der error ein probabilis sei: l. 5 D. pro suo 41,10:

> „quod tamen ita interpretandum est, ut probabilis error possidentis usucapioni non obstet, veluti si ob id aliquid possideam, quod servum

[1]) a. a. O. S. 285 f.
[2]) S. 81 ff. a. a. O.
[3]) a. a. O. II. § 146.
[4]) a. a. O. Dissertation 1873.

meum aut ejus, cujus in locum hereditario jure successi, emisse id falso existimem, quia in alieni facti ignorantia tolerabilis error est".

Von einem solchen kann aber keine Rede sein dann, wenn es sich um einen error juris handelt. Da durch das Urteil Eigentum nicht übergeht, was auch Arndts zugiebt, würde sich derjenige, der dies glaubt und seine bona fides darauf gründet, wie es in dem Beispiel von Arndts der Fall ist, stets im error juris befinden, von dem die Quellen ausdrücklich sagen (l. 32 § 1 D. de usurp. 41,3):

„non procedere tamen ejus usucapionem, vel . . . . quia in jure erranti non procedat usucapio" und l. 31 pr. D. h. t. „Nunquam in usucapionibus juris error possessori prodest".

Die Ansicht von Arndts führt zu unhaltbaren Konsequenzen: denn sieht er im Titel den Rechtfertigungsgrund der bona fides, so kann er das Urteil jedenfalls nicht als Titel anerkennen. Oder er erkennt das Urteil als Titel an, dann kann er den Titel nicht für die Grundlage der bona fides halten.

§ 10.

Zum Beweis für die Bejahung der Frage unseres Themas hat man auch Quellenstellen angezogen, aus denen hervorgehen soll, dass auch das römische Recht schon in der Sentenz einen Ersitzungstitel gesehen habe.

Donellus[1] hat für sich l. 3 § 3 D. de rebus eorum 27,9 in erster Linie angeführt:

„Idemque erit dicendum et si fundus petitus sit, qui pupilli fuit, et contra pupillum pronuntiatum tutoresque restitutuerunt: nam et hic valebit alienatio propter rei judicatae auctoritatem".

Diese Stelle soll besagen, dass infolge des Urteils Eigentum durch die Restitution begründet werde. Dass der Ausdruck „alienatio" meist den Eigentumsübergang bedeutet, ist nicht zu leugnen, sagt doch l. 1 C. de fund. dotali. 5,23:

„est autem alienatio omnis actus per quam dominium transfertur".

Dass aber Ulpian an dieser Stelle in das Wort diesen Sinn hat legen wollen, muss durchaus zweifelhaft erscheinen, da das Wort „restituere" im Vindikationsprozess ja gerade das Gegenteil ausspricht. Viel natürlicher ist die Auslegung, die Böcking,[2] Unterholzner,[3] Kanzler,[4] dem Ausdruck geben, dass „nur an die Wirkung auf Seiten der besiegten Partei, nicht an die auf Seiten des Siegers" gedacht sei. Die Restitution des fundus seitens der Tutoren an den Sieger hat, da das Urteil jus facit inter partes, für den Pupill, die „Wirkung einer Veräusserung". Dieser Paragraph allein kann aber als Stütze einer Ansicht nicht angesehen werden, welcher im krassesten Widerspruch mit einer der römischen

---

[1]) a. a. O. pg. 199.
[2]) a. a. O. S. 91.
[3]) a. a. O. S. 399, 2. Aufl.
[4]) a. a. O S 49 f.

Grundlehren steht. Auch Stephan,[1] Pfeiffer,[2] Scheurl,[3] Pagenstecher,[4] und Vangerow,[5] vermögen in dieser lex keinen Beweis für die gegnerische Ansicht zu erblicken.

§ 11.

Des weiteren hat Donellus l. 15 § 4 D. de re judic. 42,1: citiert:

> „Si rerum, quae pignoris jure captae sunt, controversia fiat, constitutum est ab imperatore nostro ipsos, qui rem judicatam exsequuntur, cognoscere debere de proprietate: et si cognoverint ejus fuisse qui condemnatus est, rem judicatam exsequentur. sed sciendum est summatim eos cognoscere debere nec sententiam eorum posse debitori praejudicare, si forte hi dimittendam eam rem putaverint, quasi ejus sit, qui controversiam movit, non ejus, cujus nomine capta est: nec eum, cui restituta est, statim habere per sententiam debere, si forte jure ordinario coeperit ab eo res peti. sic evenit, ut ommibus integris tantum capioni res judicata proficiat".

Es handelt sich in dieser lex um eine Exekutionsintervention. Die Exekutoren sollen zunächst im summarischen Verfahren über die Eigentumsfrage

---

[1]) a. a. O. S. 372 ff.
[2]) a. a. O. S. 124 f.
[3]) a. a. O. S. 84 f.
[4]) a. a. O. S. 307.
[5]) 7. Aufl. a. a. O. S. 599.

entscheiden; jedoch soll hierdurch in keiner Weise hinsichtlich des Eigentums präjudiziert werden, weder zu Gunsten des Vindikanten noch auch des Verpfänders. Soweit ist man sich über den Sinn der Stelle einig. Geteilt sind jedoch die Ansichten erstens darüber, wer unter dem „eum, cui restituta est" zu vestehen sei, ferner was der Ausdruck „capioni" im Schlusssatz bedeute, und schliesslich vor allem über den Sinn des Schlusssatzes resp. seine Bedeutung für unser Thema.

Donellus dachte bei dem letzten „capioni" an die Usukapion, der die res judicata proficiat, indem sie einen Ersitzungstitel abgäbe. Diese Auffassung, von Unterholzner,[1] Arndts,[2] Sell,[3] und Bechmann,[4] verworfen, wurde von Stephan,[5] und Kanzler,[6] verteidigt. Zahlreiche Schriftsteller,[7] selbst solche, welche die Frage unseres Themas bejahen,[8] erwähnen diese lex überhaupt nicht, wohl ein Zeichen, dass sie dieselbe nicht auf die Usukapion bezogen. Arndts behauptet, durch die beiden mit nec beginnenden Sätze habe Ulpian die beiden Eventualitäten der summarischen Cognition hervorheben wollen: der erstere Satz berücksichtige die zu Gunsten des Vindikanten ergangene Entscheidung,

---

[1]) a a O. S. 400.
[2]) a. a. O. S. 290 ff.
[3]) a. a. O. S. 207 f.
[4]) a. a. O. S. 43 f.
[5]) a. a. O. S. 368 f.
[6]) a. a. O. S. 45 ff.
[7]) Scheurl, Danz, Böcking, Vangerow.
[8]) Brinz a. a. O.

der andere die zu Gunsten des Verpfänders. Hiergegen spricht jedoch der Ausdruck „eum. qui restituta est", welcher selbst Arndts für den Schuldner „nicht angemessen" erscheint. Der Verpfänder ist im juristischen Besitz der Sache, sei es auch durch den Pfandgläubiger;[1] eine Restitution an ihn ist daher nicht denkbar. Für den Intervenienten, der nicht mehr Besitzer der Sache ist, passt dagegen der Ausdruck sehr gut. Fällt die Entscheidung zu seinen Gunsten, so wird die Sache von den Exekutoren von der Exekution ausgeschlossen und ihm restituiert. Dann besagen die beiden Sätze, dass die summarische Cognition, wenn sie für den Intervenienten entschieden wird, weder dem Verpfänder präjudiciert, noch auch gegen eine petitorische Klage eine exceptio rei judicatae gebe. Sehr richtig sagt Stephan,[2] dass auch „das Pfandrecht des Pfandgläubigers" nicht durch jene Entscheidung „aberkannt" sei, sondern lediglich über den Besitz durch Restitution an den Intervenienten eine Bestimmung getroffen werde. Wenn wir die beiden Sätze so verstehen, scheint uns auch der Schlusssatz durchaus auf die pignoris capio zu passen, was allerdings trotz derselben Auffassung über jene Sätze von Stephan,[3] und Kanzler,[4] bestritten wird. „Schwerlich" sagt Stephan, „hätte Ulpian in sechs Zeilen zum dritten Male mit den Worten tantum capioni

---

[1]) l. 16, 33, § 5, 6, de usurp. 41,3.
[2]) a. a. O. S. 370.
[3]) a. a. O. S. 370.
[4]) a. a. O. S. 46 ff.

etcr. sagen" wollen, was er „mit omnibus integris bereits wiederholt und zurückgewiesen, nämlich, dass das Pfandrecht an der Sache nicht abgesprochen sei". Dem lässt sich erwidern, dass es u. E. durchaus nicht auffallen kann, wenn Ulpian, nachdem er seine Ansicht an einem Beispiel erläutert hat, in einem Schlusssatze das Resultat nochmals zusammenfasst dahin, dass jene Entscheidung, indem sie die eigentliche Eigentumsfrage unberührt lasse, nur über die „Möglichkeit"[1] des Fortganges der Exekution erkenne. Ferner meinen Stephan[2] und Kanzler[3], wenn Ulpian erst erkläre: nec sentientiam eorum posse debitori praejudicare, und ferner, dass durch jene Cognition die Sache an den Intervenienten restituiert werde, so könne er dann unmöglich behaupten, dass die res judicata capioni pignoris proficiat. Auch dieser Einwand dürfte nicht stichhaltig sein. U. E. hat der Schlusssatz den oben schon angedeuteten Sinn, wie ihn ähnlich Arndts[4] Donellus in den Mund legt: So hat das Urteil hier keine andere Wirkung als dass es für die Feststellung der Möglichkeit des Fortganges der Exekution förderlich ist. Übersetzen wir so, wie es auch ohne dem Wortlaut Zwang anzuthun möglich ist, so können wir darin einen Widerspruch mit keinem der mit nec beginnenden Sätze erblicken. Das Urteil soll über das Eigentumsrecht des Verpfänders nicht präjudizieren, vielmehr durch interimistische Regelung

[1]) Arndt, a. a. O. S. 291.
[2]) a. a. O. S. 370 f.
[3]) a. a. O. S. 46 f.
[4]) a. a. O. S. 291.

(z. B. durch Restitution der Sache an den Intervenienten) der Zulässigkeit der pignoris capio der Exekution (z. B. durch pignoris capio einer anderen Sache des Verpfänders) dienlich sein. So fasst auch Bechmann[1] den Schlusssatz auf. Für unsere Auffassung spricht noch, was Bechmann sagt, dass Ulpian an einer Stelle, welche wie diese ganze lex von der pignoris capio handelt, falls er hier die usu capio im Auge hatte, vermutlich nicht bloss „capioni" sondern „usucapioni" geschrieben hätte.

Wenn Kanzler[2] dagegen meint, Ulpian hätte „eben ein solches Missverständnis" nicht voraussehen können, so erscheint das „nach Lage des Falles" doch recht unwahrscheinlich, wenn man selbst von dem Inhalt der ganzen lex absieht, trotzdem sie aus demselben liber tertius de officio consulis als zusammenhängendes Stück übernommen zu sein scheint, und auch nur den nächsten Satz unseres Paragraphen noch berücksichtigt, wo abermals von capere als von pignus capere die Rede ist: „sed illud debet dici, ubi controversia est de pignore, id dimitti debere et capi aliud, si quod est sine controversia."

Schliesslich könnte man noch einwenden, wenn die Sache restituiert sei, könne man doch nicht behaupten, dass „omnibus integris" geblieben sei. Wie wenig gerechtfertigt dieses Argument ist, welches sich lediglich als eine Abschwächung des Seite 43 zurückgewiesenen Einwurfs darstellt, beweist schon das Bedenken, welches Arndts[3] und Bechmann[4]

[1]) a. a. O. S. 44 f.
[2]) a. a. O. S. 48.
[3]) a. a. O. S. 292.
[4]) a. a. O. S. 45.

geltend machen, nämlich, dass, wenn man unter capioni usucapioni verstehe, erst recht nicht sich sagen liesse, dass omnia integra geblieben seien. Denn, wie Bechmann[1] treffend sagt, „wenn der Intervenient nunmehr usucapieren und dadurch Eigentum erwerben kann, so bleibt eben mit nichten Alles beim Alten.“ Gerade so aufgefasst erst würde jener Satz einen Widerspruch in sich selbst enthalten, indem er in einem Atem die Veränderung eines Rechtszustandes — denn als solche darf man wohl den Beginn der Ersitzung bezeichnen — leugnet und zugiebt. Haben wir also demnach zwischen zwei Widersprüchen — wenn man den ersteren überhaupt als solchen anerkennen will — zu wählen, so erscheint uns der letztere derartig erheblich, dass er allein schon uns zur Auslegung des capioni als pignoris capioni zwingen könnte.

§ 12.

Als besonders beweiskräftig hat Arndts ferner die l 3. § 1 D. de Publ. in r. act. 6,2: angeführt:

> „Ait praetor: „ex justa causa petet“ qui igitur justam causam traditionis habet, utitur Publiciana: et non solum emptori bonae fidei competit Publiciana, sed et aliis, ut puta ei cui dotis nomine tradita res est necdum usucapta: est enim justissima causa, sive aestimata res in dotem data sit sive non. item si res ex causa judicati sit tradita.“

[1]) a. a. O. S. 45

Diese lex ist zwar von den meisten Schriftstellern zur Frage unseres Themas citiert worden; jedoch hat Arndts wenig Anhänger[1] seiner Auslegung gefunden. Zunächst muss betont werden, dass das ganze Kapitel II wie auch speziell lex 3 von der actio Publiciana resp. deren Voraussetzungen handelt. Wie l. 12 § 2 D. h. t. aber z. B. beweist, sind die Voraussetzungen dieser actio und der usucapio durchaus nicht immer die gleichen: „In vectigalibus et in aliis praediis, quae usucapi non possunt, Publiciana competit." Unterholzner,[2] Stephan[3] und Bechmann[4] wollen diese Stelle sogar nur von einer „utilis Publiciana actio adversus eum, contra quem judicatum est" verstanden wissen, in Anlehnung an l. 7 § 7 D. eod. „Si petenti mihi rem jusjurandum detuleris egoque juravero rem meam esse competit Publiciana mihi, sed adversus te dumtaxat". Arndts[5] hat diese Annahme wohl mit Recht zurückgewiesen. l. 3, 5. l. 7 — § 5 zählen causae possessionis auf, „von denen es gewiss ist, dass sie die Publiciana actio im eigentlichen Sinne begründen.[6] Diese leges sind aber gewiss ein fortlaufendes Stück aus Ulpians liber 16 ad edictum. Jene actio utilis wird erst im § 7 erwähnt, somit „nötigt"[6] uns nichts zu jener Interpretation,[7] zumal

[1]) Puchta a. a. O. S. 348 A. 5.
Zielonacki a. a. O. S. 90 f.
[2]) a. a. O. S. 398.
[3]) a. a. O. S. 371.
[4]) a. a. O. S. 46.
[5]) a. a. O. S. 292 f.
[6]) a. a. O. S. 292 f.
[7]) Danz a. a. O. S. 287, Bechmann a. a. O. S. 46.

durchaus einleuchtend die Auslegung ist, auf welche Arndts[1] selbst hingewiesen hat, dass unter der causa judicati „eine Unterart der solvendi causa" zu verstehen sei. Uns scheint der Beweis, dass Ulpian hier die Tradition auf Grund einer Kondemnationssentenz im Vindikationsprozess im Auge gehabt habe, keineswegs erbracht, vielmehr die Annahme, dass an eine Tradition infolge der Verurteilung zur Herausgabe einer Sache auf Grund einer actio in personam zu denken sei, viel näherliegend. Genauer wäre dann allerdings der Ausdruck solvendi causa gewesen. Dies haben vielleicht auch die Konpilatoren schon andeuten wollen, indem sie l. 5 aus lib. 19 ad edict. des Paulus: „vel solvendi causa" einschoben. Hierauf deutet auch, was Pfeifer[2] betont, das Ulpian l. 7. cod. von der Adjudication spricht und deren Titel „in anderer Weise (si res adjudicata est) bezeichnet", sowie auch, dass die Hervorhebung des titulus ex adjudicatione sonst überflüssig erscheint. Für diese Auffassung, dass es sich um eine persönliche Klage handelt, sind auch die meisten Schriftsteller: Pfeifer,[3] Danz,[4] Vangerow,[5] Böcking,[6] Sell,[7] Pagenstecher,[8] Bechmann,[9] Kanzler,[10] aus anderen

---

[1]) Arndts a. a. O. S. 292 f.
[2]) a. a. O. S. 125.
[3]) a. a. O. S. 125.
[4]) a. a. O. S 287 f.
[5]) a. a. O. S. 599. 7. Aufl.
[6]) a. a. O. S. 92.
[7]) a. a. O. S. 209.
[8]) a. a. O S. 307.
[9]) a. a. O. S. 45 f.
[10]) a. a. O. S. 43. ff.

Gründen gegen die Beweiskraft dieser Stelle: Unterholzner,[1] Stephan,[2] Bring,[3] Windscheid,[4] Scheurl.[5]

§ 13.

Ein ferneres Argument sieht Donellus in l. 13 § 9 D. de adquir vel amitt. poss. 41, 2:

> „Praedone possidente si jussu judicis res mihi restituta sit, accessionem esse mihi dandam plaeuit."

Nur wenige haben es der Mühe für wert gehalten, auf diese Stelle für unsere Frage näher einzugehen[6] aber auch diese wenigen ohne Donellus recht geben können. Selbst Arndts[7] will sie „nicht als beweisend gelten lassen", da sie nur von der „Restitution zufolge eines Obligationsverhältnisses" handle. Stephan[8] meint, die Stelle besage nur, dass die accessio possessionis auch stattfinde, wenn die Restitution einer Sache, z. B. an den precario daus oder an den Veräusserer nach dem Rückfall des vermeintlichen Eigentumsrechts durch den Richter geschehe.

---

[1]) a. a. O. S. 398. (S. 207 N. Y. 1815)
[2]) a. a. O. S. 398.
[3]) a. a. O. S. 620.
[4]) a a. O. S. 820 § 179 N 7.
[5]) a. a. O. S 85 f.
[6]) a. a. O. Arndts, Unterholzner, Stephan, Kanzler.
[7]) a. a. O. S. 290.
[8]) a. a. O. S. 367. f.

Auch Unterholzner[1] findet nur den Sinn, dass der Zwischenbesitz in dem Ersitzungsbesitz nach erlangter Restitution eingerechnet werden könne. Kanzler[2] führt aus, die ganze lex habe sich ursprünglich auf das interdictum utrubi bezogen. Dieser § 9 habe sich unberechtigter Weise in die „justinianische" Kompilation „eingeschlichen", insofern als das interdictum, auf das er nur passte, bereits von Justinian beseitigt sei.[3] Die Richtigkeit dieser Hypothese mag dahin gestellt bleiben, einen Beweis für die Ansicht des Donellus vermögen auch wir nicht in diesem Fragment zu finden. Eher scheint es uns für unsere Anschauung zu sprechen. Wenn der Richter mir eine Sache restituiert, und ich mir den Zwischenbesitz einrechnen darf, nehmen wir an als Ersitzungsbesitz, so lässt das vielmehr darauf schliessen, dass der Titel bereits vorhanden war, ehe ich den Besitz verlor und die Restitution erbat.

§ 14.

Schliesslich will Arndts[4] durch l. 137 D. de divers. regul: 50, 17 seine Ansicht stützen:

„Qui auctore judice comparavit, bonae fidei possessor est".

Er und ebenso Stephan[5] zitieren statt: „l. 137" „l. 136" und statt „comparavit" „possidet", infolge-

[1]) a. a. O. S. 400. (S. 207 N. Y. 1815.)
[2]) a. a. O. S. 50. ff.
[3]) ähnlich Pagenstecher a. a. O. S. 307.
[4]) a. a. O. S. 292.
[5]) a. a. O. S. 372.

dessen letzterer bei dieser Stelle an die missio in possessionem ex secundo decreto gedacht hat. Zweifellos liegt, wie auch Danz[1] und Kanzler[2] vermuten, hier ein Schreib- oder Druckfehler vor, den Stephan von Arndts übernommen hat. Arndts hat es nicht für nötig erachtet, eine Auslegung dieser lex zu geben, sondern sie nur mit l. 3. § 1 D. de Public. act. 6, 2 zusammengestellt. Da er in dem Titel bekanntlich die Grundlage der bona fides sieht, lässt sich aber leicht verstehen, was er aus diesem Fragment gefolgert wissen will: Wer auf Grund eines Urteils Besitzer wird, ist bonae fidei possessor, und wer bona fide besitzt, hat mit dieser in ihrer Grundlage zugleich einen Ersitzungstitel. Diese Auffassung des Titels ist im § 9 schon behandelt worden. Nach dem Text, wie ihn Arndts giebt, scheint vielmehr der Sinn dieser lex derselbe wie der von l. 11 D. de adquir. vel amitt. poss. 41, 2:

„Juste possidet, qui auctore praetore possidet."[3]

Einen unwiderleglichen Beweis für die Interpretation liefern aber die Quellen selbst in l. 14 § 1 D. de religiosis 11, 7:

„quia bonae fidei possessor est, et dominium habet qui auctore judice comparavit,"[4]

womit der vom Richter angeordnete Verkauf von Vermächtnisstücken bezeichnet ist. Dieser Auffassung

[1]) a. a. O. S. 288. A. 4.
[2]) a. a. O. S. 48.
[3]) Stephan, S. 372, Danz S. 288 A. 4.
[4]) Stephan citirt hier fälschlich A. 22: emtore judice" a. a. O. S. 372.

haben sich denn auch alle Schriftsteller angeschlossen, wie Stephan,[1] Sell,[2] Unterholzner,[3] Danz,[4] Pagenstecher,[5] Vangerow,[6] Kanzler.[7]

§ 15.

Zum Nachweis, dass das rechtskräftige Urteil ein Ersitzungstitel sei, hat man auch die Analogie die des Vergleiches und des Eides herangezogen.

Zwar findet sich der Ausdruck pro transactione nur einmal in den Quellen und zwar in der Überschrift des Codextitels 7, 26 De usucapione pro emptore vel transactione; nach der positiven Äusserung aber der l. 8 h. t. kann über die Fähigkeit der transactio als Ersitzungstitel zu dienen, kein Zweifel sein, wenn es in l. 8. C. 7, 26 (nicht 36 wie Kanzler sagt) heisst:

„Ex causa transactionis habentes justam causam possessionis usucapere possunt."

Dies gilt natürlich sowohl hinsichtlich des Streitgegenstandes als auch der dagegen gegebenen Entschädigung. Unterholzner[8] hat l. 29 D. de usurp. 41, 3 als Beweis für diese Funktion der transactio zitiert. Arndts[9] hat jedoch die Beweiskraft dieser Stelle bestritten. Alle Schriftsteller, die sich über die lex ausgelassen haben, Stephan,[10] Kanzler,[11]

[1]) a. a. O. S. 372.
[2]) a. a. O. S. 208.
[3]) a. a. O. S. 401.
[4]) a. a. O. S. 288 f.
[5]) a. a. O. S. 308.
[6]) a. a. O. S. 599 f. 7. Aufl.
[7]) a. a. O. S. 48. f.
[8]) 1815 a. a. O. § 27 S. 207 A. X.
[9]) a. a. O. S. 287.
[10]) a. a. O. S, 361.
[11]) a. a. O. S. 54 ff.

Unterholzner,[1] Zielonacki,[2] Vangerow,[3] Bechmann[4] erkennen den Vergleich als Ersitzungstitel an; streitig ist nur, ob diese lex Beweis hierfür liefere, ausser Frage, dass sie nichts gegen jene Qualifikation der transactio aussage. Es würde daher den Rahmen unserer Arbeit überschreiten, eine Quellenstelle zu diskutieren, von welcher niemand behauptet, dass sie gegen unsere Ansicht etwas beweist, sondern besten Falls bestätigt, was aus l. 8 C. 7, 26 cit. bereits quellenmässig feststeht.

Nicht kann dasselbe vom l. 33 § 3 D. eod. gelten, da Arndts[5] hieraus weitergehende Folgerungen gezogen hat; l. 33 § 3 lautet:

> „Si mihi Titius, a quo fundum petere volebam, possessione cesserit, usucapionis causam justam habebo sed et is, a quo ex stipulatu fundum petere volebam, cedendo mihi possesione, si solvendi causa, id fecerit, eo ipso efficiet, ut fundum longo tempore capiam."

Die Ansichten sind besonders darüber geteilt, was unter dem „possessione cedere" zu verstehen sei. Unterholzner[6] schwankt, ob an Vergleich oder Schenkung zu denken sei. Windscheid[7] meint „l. 33 sähe den Titel in der Übergabe". Arndts[8] sieht darin „eine freiwillige Restitution",

[1]) a. a. O. S. 381 f. 1858.
[2]) a. a. O. S. 91.
[3]) a. a. O. S. 600.
[4]) a. a. O. S. 20 ff.
[5]) a. a. O. S. 287 ff.
[6]) a. a. O. 2. Aufl. § 111 A. 391 S. 382 und § 116 S. 401 f.
[7]) a. a. O. § 179 n. 7 S. 820.
[8]) a. a. O. S. 288.

Danz[1] „ein Einräumen eines Rechtes“. Westphal[2] nimmt einen „Titel pro transacto“ an. Nach Bechmann[3] erörtert l. 33 die Frage, „ob ein zur Usukapion tauglicher Besitz vorhanden sei“; nach Kanzler[4] schliesslich handelt sie von einem „titulus pro suo“.

Dass an eine Schenkung nicht gedacht werden kann, hat Arndts nachgewiesen: weder bei dem Geber noch bei dem Nehmer jenes fundus wird nach der Darstellung des Falles eine dahingehende Absicht vorausgesetzt werden können; jedenfalls fehlt jede Veranlassung zu solcher Annahme, auch wäre das „a quo petere volebam“ gänzlich überflüssig. Ebenso spricht gegen die Annahme eines Vergleiches, was Danz[5] sagt, dass hier nicht „gegenseitiges“ sondern „bloss einseitiges Nachgeben“ vorhanden zu sein scheint. Bechmann[6] hat bestritten, dass mit dem „petere fundum“ eine Vindikationsklage gemeint sein könne, und dies damit begründet, dass Julian gleich im nächsten Satze von „petere ex stipulatu“ rede. Das scheint uns gerade dafür zu sprechen, dass mit dem schlichten petere im ersten Satze an eine dingliche Klage gedacht ist; auch „deutet“, wie Kanzler[7] bemerkt, „das sed et auf einen Gegensatz hin“. Gekünstelt und unwahrscheinlich erachten wir es, in der justa causa usu-

1) a. a. O. S. 285 f.
2) a. a. O. § 677. S. 460.
3) a. a. O. S. 36 ff.
4) a. a. O. S. 56 ff.
5) a. a. O. S. 285.
6) a. a. O. S. 37 ff.
7) a. a. O. S. 57.

capionis lediglich die rechtliche Grundlage und Voraussetzung der Usukapion erblicken zu wollen, wie es Bechmann[1] thut. Schliesslich lässt sich Arndts'[2] Auffassung, dass in dem „possessione alieni cedere" nicht „ein tradere mit der Absicht der Eigentumsübertragung" liege, nicht beistimmen, denn sonst hätte Julian in dem zweiten Satze nicht von cedere possessione mit der ausgesprochenen Absicht, Eigentum zu übertragen „si solvendi causa id fecerit" reden können. Nach allen diesen Negationen bleibt für diese lex dann folgender Sinn: Wenn mir Titius den in seinem Besitze befindlichen fundus, welchen ich von ihm vindizieren wollte, freiwillig tradiert, so erhalte ich dadurch einen Ersitzungstitel. In der That scheint nur die Annahme einer „freiwilligen Einräumung eines Rechtes" übrig zu bleiben. Diese ist jedoch keineswegs, wie schon gesagt, als Schenkung aufzufassen; ebensowenig sind wir gezwungen, Windscheid's[3] Auslegung zu übernehmen. Bei genauerer Untersuchung glauben wir vielmehr eine derartig unverkennbare Übereinstimmung mit dem Vergleiche feststellen zu können, dass das Bedenken, welches Danz[4] geltend macht, dagegen nicht ins Gewicht fallen kann. Zur Begründung dieser Ansicht müssen wir jedoch zunächst auf den Vergleich näher eingehen.

---

[1]) a. a. O. S. 37 ff.

[2]) a. a. O. S. 288.

[3]) a. a. O. § 179. N. 7. S. 820.

[4]) a. a. O. S. 285.

§ 16.

Der Vergleich steht also für uns als Ersitzungstitel fest. Ebensowenig lässt sich auch eine Analogie zwischen Vergleich und Sentenz leugnen. Die Vergleichung von l. 1 D. de re judic 42,1:

> „Res judicata dicitur, quae finem controversiarum pronuntiatione judicis accipit“,

und l. 1 D. de transact. 2,15:

> „Qui transigit, quasi de re dubia et lite incerta neque finita transigit“, lässt deutlich dies erkennen. Beide, Urteil und Vergleich, machen einer controversia, einer lis incerta neque finita ein Ende und treffen über das streitige Rechtsverhältnis der Parteien zu einander eine Entscheidung. Daher sagt l. 20 C. 2,4:

> „Non minorem auctoritatem transactionum quam rerum judicatarum esse recta ratione placuit.“

Der Streit ist zwischen den Parteien definitiv erledigt. Aus dieser Übereinstimmung der Resultate in dieser Beziehung allein kann aber nicht gefolgert werden, dass das Urteil ebensogut wie der Vergleich als Ersitzungstitel dienen könne. Der Grund, aus welchem der Vergleich sich zum Ersitzungstitel eignet, ist gerade in denjenigen seiner Ingredienzien zu suchen, die denen des Urteils in keiner Weise analog sind. Wie oben schon ausgeführt, ist der Zweck des Urteils lediglich, das nach Überzeugung des Richters bestehende Recht zu konstatieren, während hingegen durch den Vergleich die Parteien auf die Feststellung des bestehenden Rechts verzichten,

dasselbe, wie es auch zwischen ihnen verteilt war, anullieren zu Gunsten eines dadurch existent werdenden neuen, rechtlichen Verhältnisses. So wenig das Urteil aber ein Rechtfertigungsgrund des Eigentumerwerbes sein kann, weil es etwas schon Vorhandenes bloss konstatieren soll, so sehr erscheint der Vergleich dazu fähig, weil er konstitutiv wirkt. Wenn z. B. Titius und Sejus sich um die Sklaven Stichus und Pamphylus streiten und sich dahin vergleichen, Titius solle Stichus, Sejus Pamphylus erhalten, so kann die Eigentumsfrage vorher gelegen haben, wie sie wollte, sie kommt nicht mehr in Betracht. Mag Titius vorher Eigentümer beider oder keines, Miteigentümer eines oder beider gewesen sein; durch den Vergleich erlischt sein Recht, und er erwirbt Eigentum an Stichus, falls kein Dritter Eigentümer desselben ist. Nicht kann also Titius etwa, falls er später zu beweisen vermag, dass er vor Abschluss des Vergleiches Eigentümer beider Sklaven war, den Pamphylus von Sejus vindicieren. Wenn Bechmann[1] daher behauptet, wer vor dem Vergleiche schon Eigentümer war und es auch fortab sein solle, der „bleibe“ Eigentümer, so dürfte dies nicht ganz genau sein. Denn, nehmen wir in unserem Beispiele an: Titius war Eigentümer des Stichus und soll es auch nach dem Vergleiche sein. Kommt er nun später durch Auffindung einer Urkunde etwa in die Lage, sein früheres Eigentum unwiderleglich nachzuweisen, dann ist er nach Bechmanns Ansicht Eigentümer „geblieben“, ist

[1]) a. a. O. S. 25 f.

es also nicht erst durch den Vergleich geworden. Ist er es aber nicht erst dadurch geworden, so kann er unmöglich annehmen, auf Grund des Vergleiches Eigentümer zu sein. Verliert nun Titius sein Beweismaterial wieder und kann sein ursprüngliches Eigentum wieder nicht mehr beweisen, so ist zwar sicher, dass er noch Eigentümer ist und ebenso, dass Sejus von ihm nicht den Stichus vindicieren kann, dies letztere aber nicht weil Titius durch den Vergleich Eigentümer geworden ist, was ja eben nicht der Fall war, sondern weil Titius dem Sejus gegenüber für den Eigentümer zu halten ist wegen des Vergleiches. Der Vergleich würde also in diesem Falle nicht konstitutiv wirken, was Bechmann beweisen wollte, sondern deklaratorisch. Dass eine der Parteien „Eigentümer bliebe", ist aber keine Funktion des Vergleiches. Eher könnte man auch hier eine Ähnlichkeit mit dem Teilungsprozess finden. Titius und Sejus geben ihre eventuellen Rechte an der Summe Stichus + Pamphylus auf zu Gunsten des dadurch im selben Moment in Kraft tretenden neuen Rechtszustandes, durch welchen Titius am Stichus, Sejus am Pamphylus Eigentum erhält. Der Streitgegenstand (resp. der Streitgegenstand und die sog. Vergleichsentschädigung) lässt sich als Miteigentum zu ideellen Teilen ansehen, solange das Recht an demselben noch nicht zerteilt ist. Hier erfolgt allerdings nicht durch den Richter, sondern durch die Parteien die Abgrenzung der Rechte. Das ist aber diesbezüglich gleichgültig: jedenfalls ist das bisherige Recht anulliert, und ein neues entstanden

mit der transactio; ihre Wirkung ist also konstitutiv, wie dies auch von der adjudicatio aus denselben Gründen unzweifelhaft ist. Deshalb kann der Vergleich ein Rechtfertigungsgrund des Eigentumserwerbes sein, denn durch die Tradition auf Grund desselben erhält der Transigent sofort Eigentum, falls kein dritter Eigentümer ist. Infolgedessen kann der Vergleich auch Ersitzungstitel sein und ist dies, falls ein dritter Eigentümer ist. Arndts, der in l. 33 § 3 eine freiwillige Restitution sieht — eine Auffassung, welche wir nicht zu billigen vermochten —, und diese als Ersitzungstitel anerkennt, erklärt, es könne doch dann unmöglich weniger als justa causa gelten, wenn der Richter dem Kläger, den er für den Eigentümer erkennt, durch seine Autorität den Besitz der Sache verschafft. Mit Recht haben dies schon Stephan[1] und Kanzler[2] einen Trugschluss genannt. Was Arndts über die Analogie des Vergleiches sagt, hat eine Erwiderung schon gefunden durch die Ausführungen über den Vergleich und über die bona fides.

Betont sei hier noch besonders ein Unterschied zwischen Vergleich und Urteil. Jeder Transigent kann sich auf das Eigentum des anderen berufen Dritten gegenüber, was beim Urteil nicht der Fall war. Wollten wir z. B. einen analogen Fall wie den in l. 18 D. de RV. 6, 1 cit. construieren, wenn Sejus als Besitzer des Stichus diesen nach Abschluss des Vergleiches ersitzt und ihn dann dem Titius

[1]) a. a. O. S. 363.
[2]) a. a. O. S. 54.

tradiert auf Grund des Vergleiches, so würde dieser jedem Dritten gegenüber die Ersitzung des Sejus geltend machen können.

Dass auch in l. 33 § 3 cit. mit dem freiwilligen Einräumen eines Rechtes ein Vergleich zwischen Titius und demjenigen qui petere volebat (sagen wir Sejus) gemeint ist, ist u. E. nunmehr durchweg verständlich. Titius und ebenso Sejus verzichten darauf, festzustellen, ob das petere begründet war — aus welchen Gründen kann dahin gestellt bleiben — sie heben das bestehende Recht auf zu Gunsten eines neuen Rechtsverhältnisses, nach dem Sejus fortab Eigentümer des fundus sein soll. Wenn Danz[1] „gegenseitiges Nachgeben" bei einem Vergleiche verlangt, — eine Behauptung, welche der Berechtigung nicht entbehrt — so dürfte dies auch bei Sejus zu finden sein, indem dieser auf die Durchführung des Prozesses verzichtet, welcher ihm mit der Anerkennung seines Eigentums die Restitution der Früchte hätte bringen können.

§ 17.

War der Vergleich als Ersitzungstitel quellenmässig bezeugt, so lässt sich das ohne Weiteres vom Eide keineswegs sagen. Die einzige Quellenstelle, die man anzuführen vermochte, um dem Eide jene Fähigkeit nachzuweisen, ist l. 13 § 1 de jure jurando D. 12, 2:

[1]) a a O.

„Julianus ait eum, qui juravit fundum suum esse post longi temporis praescriptionem etiam utilem actionem habere debere."

Dieses Fragment ist aber nun nicht von allen dahin verstanden worden, nicht so von Savigny[1], Vangerow[2], Bechmann[3], Kanzler[4]. Der Streit dreht sich zunächst darum, ob es dieselbe Person ist, welche schwört und welche durch l. t. praescriptio ersitzt, oder ob dies zwei verschiedene sind. Die aufgeführten Schriftsteller nehmen das letztere an, woraus sich der Sinn ergiebt, dass der Eid eine Klage giebt, welche sogar gegenüber der l. t. praescriptio wirksam ist. Die Unhaltbarkeit der früheren Auffassung, wie sie Brinz[5], Zielonacki[6], Stephan[7], Pagenstecher[8], Dernburg[9] vertreten, dass diese lex den Eid als Ersitzungstitel bestätige, ist von Savigny und Bechmann ausführlich erörtert und nachgewiesen. Mit Recht weist Savigny[10] darauf hin, dass der Eid allein genüge, um ein Klagerecht zu erzeugen, die l. t. praescriptio in l. 13 also überflüssig wäre. Bechmann[11] nahm ferner an dem Ausdruck utilis (actio) Anstoss, weil schon vor vollendeter Ersitzung eine utilis actio, die

[1]) a. a. O. S. 68 N Z. Bd. 7.
[2]) a. a. O. S. 600, A. 3. 4.
[3]) a. a. O. S. 28 ff.
[4]) a. a O. S. 61 f.
[5]) a. a. O. S. 620. A. 24.
[6]) a. a. O. S. 91.
[7]) a. a. O. S. 362 ff.
[8]) a. a O. S. 308.
[9]) a. a. O. S. 123, A. 29.
[10]) a. a. O. Bd 7. S. 68 N. Z.
[11]) a. a. O. S. 29.

Publiciana zustehe, darnach aber keine utilis actio, sondern die Vindikation. Savigny hat diesen Ausdruck dahin erklärt, dass unter utilis actio eine „Klage mit sicherem Erfolge“ gemeint sei. Bechmann[1] hält dies zwar nicht für ausgeschlossen, will aber lieber eine „personalis Publiciana actio, quae rescissa longi temporis praescriptione datur“ gemäss l. 7 § 7 D. 6,2 cit. und l. 35 D. 44,7 cit. darin sehen. Zweifellos kann von einer utilis actio im eigentlichen Sinne nicht die Rede sein. Von den beiden einzigen möglichen Auswegen, welche Savigny und Bechmann vorschlagen, scheint uns der Savignys der natürlichere, während Bechmann sich zu sehr ins Reich der Hypothesen verliert. Warum die longi temporis praescriptio gegenüber der Klage aus dem Eide nichts nützt, ob, wie Savigny meint, daher weil der beklagte Besitzer durch die Delation des Eides auf die Geltendmachung dieser Einrede verzichtet, oder, wie Bechmann sagt, daher, weil der Prätor aus Gründen der aequitas die Ersitzung als noch nicht vollendet fingierte und daher die actio als eine actio utilis gab, mag dahin gestellt bleiben. Wie Bechmann zugiebt, sind beide Auffassungen möglich. Soviel steht fest, dass l. 13 § 1 keinesfalls den Eid als Ersitzungstitel bestätigt.

§ 18.

Umsomehr ist die Analogie zwischen Urteil, Eid und Vergleich beachtenswert. l. 2 D. de jur. jurando 12,2 sagt:

[1]) a. a. O. S. 35 und N. 2 daselbst.

„Jusjurandum speciem transactionis continet majoremque habet auctoritatem quam res judicata.“ Allerdings darf der Eid, wo es sich hier nur um das jusjurandum voluntarium handelt, als eine species transactionis bezeichnet werden, nämlich in zwei Beziehungen, erstens weil er wie der Vergleich ex pactione litigatorum[1] hervorgeht, quia proficiscitur ex conventione,[2] und ferner weil er ebenfalls wie jener die Beendigung eines Rechtsstreites bewirkt. Damit ist der Ausdruck species transactionis gerechtfertigt, aber auch alles über die Analogie zwischen Eid und Vergleich gesagt. Weit näher stehen sich Urteil und Eid Beide dienen gleichfalls zur Erledigung eines Rechtsstreites, beide verschaffen eine actio und exceptio und, was hier von besonderer Bedeutung ist, beide haben die Tendenz, das bereits bestehende Recht zu konstatieren. Selbstverständlich kann auch der Schwörende irren, ebenso wie der Richter, ja er kann auch wissentlich falsch schwören. Das hat aber mit dem juristischen Zweck des Eides nichts zu thun. Ebenso wie beim Urteil bei dem Richter Gerechtigkeit und Urteilsfähigkeit vorausgesetzt werden muss, so muss auch mit der Redlichkeit des Schwörenden gerechnet werden. Der Schwörende soll durch seinen Eid die Wahrheit erhärten, er soll aussagen, was seiner Überzeugung nach hinsichtlich des Streitgegenstandes bestehendes Recht ist. Das Beschworene gilt fortab als die Wahrheit; ebenso wie im Urteil durch den Richter,

[1]) l. 1 D. h. t.
[2]) l. 26 D. h. t.

so soll im Eid durch den Delaten lediglich Vorhandenes konstatiert werden. Daher wirkt der Eid nicht konstitutiv, sondern deklaratorisch. Hierfür spricht auch die begrenzte Funktion der aus dem Eide entspringenden actio und exceptio juris jurandi, nur zwischen den Parteien Gültigkeit zu haben, wie in l. 9 § 7 D. h. t. betont ist: „dabitur actio, sed hoc dumtaxat adversus eum qui jusjurandum detulit eosque qui in ejus locum successerunt. ceterum adversus alium si velit praerogativa jurisjurandi uti, nihil ei proderit."

Der, welcher geschworen hat, kann sich deshalb z. B. ebensowenig auf das Recht des Deferenten Dritten gegenüber berufen, wie der Kläger auf das des Beklagten, was beim Vergleiche, wie wir sahen, wohl möglich ist. Sehr zutreffend sagt Bechmann:[1] „Der Eid sei in seinem innersten Wesen vom Vergleiche verschieden und ebenso sehr mit der Sentenz verwandt, weshalb auch der Eid mit der Zeit ein Mittel geworden sei, um zur Sentenz zu gelangen." Da nun dem Eid die Qualifikation, als Ersitzungstitel zu dienen, aus den Quellen nicht nachweisbar ist, auch aus der Natur der Sache ebenfalls kein Moment sich dafür anführen lässt, kann diese Analogie, wie sie Brinz[2] betont, nicht als beweiskräftig erachtet werden. Gerade umgekehrt beweist die Analogie des Eides, dass auch das Urteil nicht Ersitzungstitel ist.

---

[1]) a. a. O. S. 31.
[2]) a. a. O. S. 620.

§ 19.

Mit dem Inkrafttreten des bürgerlichen Gesetzbuches ist unserer Frage ihre Bedeutung genommen.

Das BGB. kennt eine eigentliche Ersitzung nur an beweglichen Sachen (§ 397 Abs. 1). Hiernach „erwirbt derjenige, welcher eine bewegliche Sache zehn Jahre im Eigenbesitze hat, das Eigentum.“ Jedoch (nach Abs. 2 ebenda) „ist die Ersitzung ausgeschlossen, wenn der Erwerber bei dem Erwerbe des Eigenbesitzes nicht im guten Glauben ist, oder wenn er später erfährt, dass ihm das Eigentum nicht zustehe.“ Von einem Ersitzungstitel weiss das BGB. nichts. Er könnte also nur als Beweis des guten Glaubens von Bedeutung sein.

Zum Schlusse erlaubt sich der Verfasser,

Herrn Professor Dr. Bernhöft

auch an dieser Stelle nochmals seinen ergebensten, herzlichen Dank für das liebenswürdige Entgegenkommen auszusprechen.